

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

3.1 LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS, MESMO QUANDO VISE À TUTELA DE PESSOA INDIVIDUALMENTE CONSIDERADA

GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA

Promotor de Justiça do Estado de

Minas Gerais

Assessor Especial da Procuradoria-

Geral de Justiça

Mestre em Direito Processual Civil

– PUC/SP

Doutor em Direitos Difusos e

Coletivos – PUC/ SP

Coordenador Editorial do MPMG Jurídico

Membro do Conselho Editorial da Revista *De Jure*

Coordenador e membro do corpo docente do Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna/
MG

SAMUEL ALVARENGA GONÇALVES

Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Bacharel em Direito pela Universidade de Itaúna/MG

1. Acórdão

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – CRIANÇA QUE PADECE DE LEOCOMA E AGUARDA TRANSPLANTE DE CÓRNEA – DIREITO À SAÚDE – DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL – LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO PARQUET – ART. 127 DA CF/88 – PRECEDENTES DAS TURMAS DA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. O tema objeto do presente recurso já foi enfrentado pelas Turmas de Direito Público deste Tribunal e o entendimento esposado é de que o Ministério Público tem legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada (art. 127, CF/88).

2. Nessa esteira de entendimento, na hipótese dos autos, em que a ação visa a garantir o fornecimento de medicamentos e lentes corretivas, há de ser mantido o acórdão *a quo* que reconheceu a legitimação do Ministério Público, a fim de garantir a tutela dos direitos individuais indisponíveis à saúde e à vida.

Recurso especial improvido. (BRASIL, 2006a).

2. Razões

Escolhemos essa recente decisão do STJ como objeto de nossos comentários, tendo em vista que ela envolve questão relacionada diretamente com o direito à vida e a sua existência com dignidade, assim como com o perfil constitucional do Ministério Público na defesa dos direitos individuais indisponíveis, da ordem jurídica e do Estado Democrático de Direito.

Conforme se observa do teor da ementa ao acórdão, a decisão diz respeito à legitimidade do Ministério Público em tomar as medidas necessárias ao fornecimento de medicamento e lentes corretivas a uma única criança que padece de leucoma e aguarda a realização do transplante de córnea. Trata-se da efetivação dos direitos individuais indisponíveis relativos à saúde e à vida. Como se viu, está em jogo aqui a defesa, pelo Ministério Público, do direito à vida e a sua existência com dignidade.

O direito à vida e a sua existência com dignidade constitui um dos núcleos da teoria dos direitos fundamentais. É a essência do Estado Democrático de Direito, inserindo-se em um dos grandes planos da atuação do Ministério Público. Por isso, comenta-se a presente decisão para ressaltar a sua legitimidade, para indicar a sua congruência com a Constituição e para evidenciar essa importante e relevante missão do Ministério Público no cenário inaugurado com a Constituição da República Federativa do Brasil (1988), conforme explicitado no dispositivo constitucional: “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

3. Síntese dos Fundamentos Teóricos do Comentário

Legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando vise à tutela de pessoa individualmente considerada. Defesa do direito à vida e a sua existência com dignidade. Situação de risco concreto a esses direitos: obrigatoriedade da atuação do Ministério Público. Flexibilização e releitura do art. 81 do CPC com base no art. 127, *caput*, da CF. Fundamentação teórica: pós-positivismo constitucional como vertente superadora do positivismo legalista. Relativização da soberania do legislador ordinário e valorização da soberania da Constituição como fonte normativa irradiadora da interpretação, da concretização, da reforma e do estudo da ordem jurídica. A ordem jurídica constitucional e a proteção cogente tanto da indisponibilidade subjetiva quanto da objetiva (ou material). Atuação do Ministério Público como órgão agente no processo civil: insustentabilidade da tese que exige previsão expressa em lei. Art. 127, *caput*, da CF como cláusula-mãe da atuação do Ministério Público como órgão agente ou interveniente. Fundamentação

constitucional da legitimidade extraordinária do Ministério Público para a defesa de direito individual indisponível: art. 127, *caput*, da CF/88 c/c o art. 5º, XXXV, da CF/88. O art. 5º, XXXV, da CF como fundamento da dispensa constitucional de que o comparecimento em juízo se dê somente na defesa de interesse pessoal. Direito individual indisponível: impossibilidade de fixação dos seus parâmetros e limites levando-se em consideração somente a norma em abstrato. Defesa pelo Ministério Público de direito individual indisponível: orientação fundada na convergência entre pensamento sistemático e pensamento problemático. Direito à saúde: possibilidade de tutela jurídica pelo Ministério Público fundada tanto na indisponibilidade objetiva (direito à vida e sua existência com dignidade) quanto na subjetiva (presença de interesse de incapaz). Risco de direito à vida e sua existência com dignidade: direito constitucional fundamental (art. 1º, III, e art. 5º, *caput*, da CF/88) e sua aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CF/88).

4. Comentário

4.1. Decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Observa-se que existem outras decisões do STJ que reconhecem a legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais indisponíveis, mesmo que de pessoa individualmente considerada. Como exemplos, citam-se os seguintes arestos:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. CRIANÇA QUE PADECE DE EPILEPSIA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. PRECEDENTES.

1. O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada.
2. O artigo 127 da Constituição, que atribui ao Ministério Público a incumbência de defender interesses individuais indisponíveis, contém norma auto-aplicável, inclusive no que se refere à legitimação para atuar em juízo.
3. Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, *caput* e 196 da Constituição, em favor de adolescente que precisa fazer uso contínuo de medicamento. A legitimidade ativa, portanto,

se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis. Precedentes: REsp 716.512/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ de 14.11.2005; EDcl no REsp 662.033/RS, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ de 13.06.2005.

4. Recurso especial a que se nega provimento (BRASIL, 2006b).

Observa-se que o ponto em comum entre todas essas decisões é justamente o reconhecimento da legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais indisponíveis, geralmente consistente no fornecimento de medicamentos e outras medidas efetivadoras do acesso à saúde para uma única pessoa. É inquestionável a necessidade da intervenção do Ministério Público para garantir que uma criança, um idoso, um portador de necessidades especiais tenham acesso a determinados tratamentos médicos e medicamentos negligenciados pelo Poder Público. Nesse sentido, convém destacar acórdãos oriundos do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

EMENTA: Apelação - Ação Civil Pública - Saúde - Fornecimento de medicamentos a menor - Legitimidade do Ministério Público - Obrigatoriedade solidária dos entes da Administração Pública direto. O Estatuto da Criança e do Adolescente confere ao Ministério Público legitimidade para litigar na defesa dos interesses das crianças e adolescentes. A saúde é um direito de todos, sendo dever do ente público garanti-lo, com prioridade, às crianças e aos adolescentes, assegurando-lhes o desenvolvimento sadio e harmônico (artigos. 227 da CF e 7º do ECA) (MINAS GERAIS, 2005a).

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. TUTELA DE INTERESSE INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SAÚDE. DIREITO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO. DEVER DO MUNICÍPIO. A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 127, caput, dispõe expressamente ser, o Ministério Público, “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Assim, a ele atribuiu-se a defesa dos interesses individuais indisponíveis. E neste sentido não há como ser negada a indisponibilidade do direito à vida, e de forma mais remota, da dignidade humana, motivo pelo qual resta evidenciada sua legitimidade para pleitear o fornecimento

de medicamentos àquele que não possui condições financeiras para o seu custeio. A efetivação do direito à saúde é dever inafastável do Estado, devendo ele empreender todos os esforços para a sua concretização, sob pena de violação ao direito fundamental maior que é a vida. A mera alegação de falta de recursos financeiros, destituída de qualquer comprovação objetiva, não é hábil a afastar o dever constitucional imposto ao Município de Pouso Alegre de prestar serviço de relevância pública correlacionado com a área de saúde. Assim, a este caso não se aplica a cláusula da Reserva do Possível, seja porque não foi comprovada a incapacidade econômico-financeira da Municipalidade, seja porque a pretensão de fornecimento de medicamentos à população carente se afigura razoável, estando, pois, em plena harmonia com o devido processo legal substancial (MINAS GERAIS, 2005b).

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE ATIVA - ECA - MEDICAMENTO INDISPENSÁVEL À SAÚDE DA MENOR - DEVER DO ESTADO. O Ministério Público tem legitimidade para impetrar ação civil pública, na defesa dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e adolescência, notadamente em se tratando de direito indisponível afeto à menor de idade. O processo não constituiu um fim em si mesmo, e, segundo o velho brocardo ‘pás de nullité sans grief’, devendo ser anulado o ato imperfeito somente se o seu objetivo não tiver sido alcançado, em observância ao princípio da instrumentalidade das formas. A saúde, como bem de extraordinária relevância à vida e à dignidade humanas, foi elevada pela Constituição Federal à condição de direito fundamental do homem, manifestando o legislador constituinte constante preocupação em garantir a todos uma existência digna, consoante os ditames da justiça social (MINAS GERAIS, 2006a).

O TJMG firmou semelhante posição também nos seguintes julgados: Apelação Cível nº 1.0027.04.038059-7/001, Reexame Necessário nº 1.0145.04.187073-7/001, Apelação Cível nº 1.0024.04.212219-2/001, Agravo (C. Cíveis Isoladas) nº 1.0335.04.911469-7/001, Agravo nº 1.0027.06.095701-9/001, Apelação Cível nº 1.0183.04.078657-0/001, Apelação Cível nº 1.0525.04.063728-8/001, entre vários outros.

Infelizmente, não podemos deixar de registrar algumas decisões do TJMG que, na contramão do movimento de efetivação dos direitos fundamentais, restringiram a atuação do Ministério Público para a defesa dos valores que compõem o núcleo do Estado Democrático de Direito, violando, assim, os próprios fundamentos da República

Federativa do Brasil: Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0702.04.189295-2/002, Agravo (C. Cíveis Isoladas) nº 1.0522.05.017649-7/001, Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0245.01.000084-3/001, Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0702.05.214522-5/002, Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0145.04.162864-8/001, entre outras.

4.2. Decisão do STJ em Sentido Contrário e o seu Equívoco

Convém destacar que o STJ já decidiu em sentido contrário, em manifesto equívoco que demonstrou o distanciamento do seu compromisso constitucional e do próprio texto constitucional, quer seja em relação ao art. 5º, *caput*, quer seja em relação ao art. 127, *caput*. Nas decisões, observa-se que o STJ entendeu que a defesa de uma única criança estar-se-ia tratando de representação e, como se sabe, a CF/88 veda a representação pelo Ministério Público.

EMENTA: PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – NULIDADE ABSOLUTA NÃO ARGÜIDA – LIMITES DO RECURSO ESPECIAL.

[...]

4. Na ação civil pública atua o parquet como substituto processual da sociedade e, como tal, pode defender o interesse de todas as crianças do Município para terem assistência educacional.

5. Ilegitimidade que se configura a partir da escolha de apenas dois menores para proteger, assumindo o Ministério Público papel de representante e não de substituto processual.

6. Recurso especial provido (BRASIL, 2004).

O equívoco é evidente, pois a proteção da criança e do adolescente está inserida dentro da tutela dos interesses indisponíveis e para tanto está expressamente legitimado o Ministério Público, conforme previsão constitucional (art. 127, *caput*, da CF/88). E mais: a proteção jurídica da criança (educação, saúde etc.), integral e diferenciada, mesmo que no plano individual, é de interesse social, pois existe a categoria dos interesses individuais de dimensão social.

O caso não é de representação, mas de legitimidade extraordinária (substituição processual) decorrente do próprio sistema constitucional, com base no que a doutrina chama de pós-positivismo constitucional, como veremos a seguir. Nessa outra decisão, a posição do STJ foi a de restringir o número de instituições democráticas legitimadas

para a defesa dos interesses de menores, o que é de todo incompatível, principalmente com a chamada doutrina de proteção integral das crianças e adolescentes:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MENOR. CARENTE.

1. Na esteira do artigo 129 da Constituição Federal, a legislação infraconstitucional, inclusive a própria Lei Orgânica, preconiza que o Ministério Público tem legitimidade ativa ad causam para propor ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos, como regra. Em relação aos interesses individuais, exige que também sejam indisponíveis e homogêneos. No caso em exame, pretende-se que seja reconhecida a sua legitimidade para agir como representante de pessoa individualizada, suprimindo-se o requisito da homogeneidade.

2. O interesse do menor carente deve ser postulado pela Defensoria Pública, a quem foi outorgada a competência funcional para a “orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do art. 5º, LXXIV”. Não tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública, objetivando resguardar interesses individuais, no caso de um menor carente.

3. Recurso especial improvido (BRASIL, 2005a).

Outras decisões ferem o compromisso constitucional do STJ com a efetivação dos valores fundamentais: REsp nº 102.039/MG, 120.118/PR, 682.823/RS, 706.652/SP, 240.033/CE *etc.* Entretanto, nós sabemos que o Ministério Público, quando move uma ação para a defesa de uma única criança, de um único idoso, de um único portador de necessidades especiais, ele não atua como representante, mas na defesa, em nome próprio, de direito alheio; sua legitimidade, nesses casos, é extraordinária, extraída da própria Constituição como sistema constitucional básico.

A Constituição, no seu art. 127, *caput*, estabelece expressamente que incumbe ao Ministério Público a defesa dos direitos individuais indisponíveis. Nesse sentido, a vida e a sua existência com dignidade compõem o âmbito de indisponibilidade de qualquer direito no plano da sua proteção individual e, portanto, é dever do Ministério Público a sua defesa.

A legitimação extraordinária do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais indisponíveis de uma pessoa apenas está calcada no art. 127, *caput*, e no art. 5º, XXXV, ambos da CF/88. Não se pode fundamentar a impossibilidade

de o Ministério Público atuar nesses casos levando-se em conta somente a norma em abstrato, quando na verdade sua legitimidade decorre da orientação fundada na convergência entre o pensamento sistemático e o pensamento problemático, tendo em vista que o direito é concebido, atualmente, também como problema. Equivocou-se, portanto, o STJ, nessa decisão, porque o Ministério Público estava defendendo em nome próprio direito alheio, e não atuando como representante da parte.

4.3. A Releitura do Art. 81 do CPC, o Abandono do Positivismo Meramente Legalista, a Adoção do Pós-Positivismo Constitucional e o Art. 127, *caput*, CF/88

Não deve mais proceder a tese de que as atribuições e legitimidade do Ministério Público no processo civil decorrem apenas da lei ordinária positivada, em especial do que dispõe a primeira parte do art. 81 do CPC: “O Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes”. Não podemos concordar que a legitimidade do Ministério Público decorra apenas de lei ordinária, como pode querer parecer à primeira vista. Essa orientação, atualmente superada, funda-se na concepção do *positivismo legalista*, o qual se funda basicamente na idéia de soberania do legislador ordinário, acabando por conceber a Constituição como mera Carta Política. Torna-se necessário, assim, a flexibilização e a releitura do art. 81 do CPC com base no art. 127, *caput*, da CF/88.

Streck (2005, p. 155) esclarece que esse “[...] positivismo ideológico sustenta que o direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, é justo e deve ser obedecido, em virtude de um dever moral”. Uma das consequências negativas do positivismo legalista é que ele encerra um sistema fechado que não se comunica com os demais valores e princípios fundamentais que informam o ordenamento jurídico. A hermenêutica, nesse caso, é meramente formalista, do ponto de vista tanto da interpretação quanto da efetivação da norma jurídica. O neoconstitucionalismo propõe, assim, a superação do paradigma do direito meramente reprodutor da realidade social para um direito capaz de transformar a realidade social, nos termos do modelo constitucional previsto na CF/88 (arts, 1º, 3º, 5º, 6º *etc*). Essa superação deve ser realizada a partir do Estado Democrático de Direito, de forma a proporcionar o surgimento e a implementação de ordenamentos jurídicos constitucionalizados (ALMEIDA, 2006, p. 185).

Alexy (1997, p. 160-1) explica que o legalismo, em oposição ao constitucionalismo democrático, impõe de forma ilegítima: 1) a norma em vez do valor; 2) a subsunção em vez da ponderação; 3) a independência do direito ordinário em vez da onipresença da Constituição; 4) a autonomia do legislador democrático, dentro do marco da Constituição, no lugar da onipresença judicial fundada na Constituição, colocando o legislador sobre o Tribunal Constitucional Federal. Como forma de superação

desse positivismo legalista surge o *neoconstitucionalismo*, também denominado de *constitucionalismo avançado* ou *constitucionalismo de direitos*. A respeito, escreveu um dos autores do presente texto (ALMEIDA, 2006, p. 183-184):

O neoconstitucionalismo é a denominação atribuída a uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição de modo emancipado e desmistificado. A finalidade é superar as barreiras impostas ao Estado Democrático de Direito pelo *positivismo meramente legalista*, gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação com justiça da realidade social.

Como consequência natural do neoconstitucionalismo, observa-se a relativização da soberania do legislador ordinário e valorização da soberania da Constituição como fonte normativa irradiadora da interpretação, da concretização, da reforma e do estudo da ordem jurídica. A partir, assim, do novo paradigma, toda a legitimidade para o exercício da sua função ministerial decorre do sistema constitucional, especialmente dentro daquilo que compõe a teoria dos direitos fundamentais. É no chamado *pós-positivismo* que se busca abranger todas as concepções de pensamento que procuram valorizar os princípios como mandamentos de otimização de uma ordem jurídica.

Logo, o perfil do Ministério Público deve estar calcado no próprio texto constitucional de 1988, que implantou uma nova ordem jurídica aberta, dinâmica e de proteção, em abstrato e concreto, a todos os direitos, individuais e coletivos (art. 5º, XXXV, e art. 127, *caput*, da CF/88).

Portanto, não há dúvidas de que é o art. 127, *caput*, da CF/88, que deve servir de base para a condução da atuação do Ministério Público e de onde deve ser extraída a sua legitimidade para a tutela, especialmente, dos direitos individuais indisponíveis, mesmo que para tanto não haja lei ordinária expressa, pois, como se viu, a CF/88 possui força normativa vinculante e irradiadora de interpretação, capaz de condicionar tanto o legislador quanto o aplicador do direito.

Sobre a força normativa irradiadora da teoria dos direitos fundamentais no plano do *pós-positivismo*, Ariza (2005, p. 240-1) anota que a Constituição deixou de ser considerada uma norma com um valor meramente programático ou como um conjunto de recomendações e orientações dirigidas ao legislador para consolidar seu valor normativo e operar como uma autêntica norma jurídica com eficácia direta e imediata.

A legislação ordinária é insuficiente para conferir a legitimação necessária de atuação do Ministério Público enquanto agente essencial na transformação com justiça da

realidade social, o que impõe, como dito, uma flexibilização e releitura do art. 81 do CPC.

Em muitos casos, inclusive em que se tutelam direitos ligados ao núcleo de valores que compõem o Estado Democrático de Direito, há uma completa ausência de norma ordinária conferindo legitimidade ao Ministério Público; em outros, observa-se uma tentativa ilegítima do legislador e da jurisprudência no sentido de impedir ou restringir essa atuação, o que se configura, certamente, um desrespeito ao Estado Democrático de Direito.

Por isso, os fundamentos dessa legitimação devem ser extraídos de forma abrangente, a partir da leitura e interpretação do art. 127, *caput*, da CF/88, com base nas orientações neoconstitucionalistas, dentro das quais o sistema constitucional é concebido de forma aberta e irradiante da eficácia extraída, principalmente, da teoria dos direitos fundamentais. Vale dizer que essa interpretação do texto constitucional deve ser realizada, conforme a lição de Häberle (1997, 13), de forma pluralista por toda a sociedade aberta, seus verdadeiros intérpretes. A força normativa da Constituição perderá a sua eficácia se a interpretação do texto constitucional for restrita a determinadas corporações que formam a chamada sociedade fechada. Por isso, todos devem procurar extrair da Constituição os fundamentos necessários para a salvaguarda dos direitos fundamentais, sendo que os critérios de interpretação hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.

As concepções mais atuais em torno do que é denominado de neoconstitucionalismo estão inseridas dentro do gênero *pós-positivismo*. Conforme leciona Barroso (2003, p. 28), o *pós-positivismo* não visa à desconstrução da ordem jurídica, mas à superação convencional com base em idéias de justiça e legitimidade, inserindo, para tanto, os princípios constitucionais, expressos ou implícitos, como a síntese dos valores consagrados na ordem jurídica.

Com base nas lições de Alexy (1997, p. 159-161), o *pós-positivismo*, no qual está inserido o neoconstitucionalismo, coloca o constitucionalismo em substituição ao *positivismo legalista*, com profundas mudanças em alguns parâmetros. Dentre elas convém destacar: valores constitucionais no lugar de concepção meramente formal em torno da norma jurídica. Logo, a legitimidade do Ministério Público para a efetivação dos direitos fundamentais também é extraída com base nessas premissas superadoras do positivismo legalista pelo pós-positivismo. Interpretação formal e fechada da norma jurídica não deve prevalecer no novo paradigma.

4.4. A Legitimidade do Ministério Público para a Defesa do Núcleo de Valores que Compõem o Estado Democrático de Direito e a Ordem Jurídica Democrática

A Constituição Federal não faz qualquer distinção sobre a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos valores que compõem o núcleo do Estado Democrático de Direito. O art. 127, *caput*, da CF/88 dispõe que o Ministério Público atuará na defesa do Estado Democrático de Direito, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Logo, é incompatível a tese que pretenda excluir do Ministério Público a possibilidade de atuar na defesa de quaisquer uma dessas áreas justamente porque o texto constitucional não excepciona qualquer hipótese nesse sentido. Tudo aquilo que fizer parte do núcleo do Estado Democrático de Direito, o Ministério Público estará automaticamente vocacionado para a sua defesa, como é o caso da vida e sua existência com dignidade.

Além disso, o Ministério Público é instituição essencial à função jurisdicional. A função jurisdicional é uma das funções do Estado; o Ministério Público faz parte da essência dessa função e, portanto, tem o dever constitucional de proteção e de efetivação dos direitos fundamentais. Com efeito, não há dúvidas de que o Ministério Público não só pode, como deve atuar na defesa de uma única pessoa quando em jogo estiver a sua vida ou sua existência com dignidade, bens indisponíveis que compõem o núcleo da teoria dos direitos fundamentais.

4.5. As Dimensões do Predicado Indisponibilidade enquanto Legitimante para a Atuação do Ministério Público para a Tutela dos Direitos Indisponíveis

É importante fixarmos a orientação e as dimensões do que seja a expressão indisponibilidade, predicado que confere legitimidade para a atuação do Ministério Público, quer seja no plano da defesa individual, quer seja no plano da defesa da coletividade, porque não importa se a indisponibilidade do direito diga respeito a uma só pessoa ou a toda a sociedade; em qualquer hipótese, o Ministério Público poderá atuar e tomar as medidas que julgar aptas à proteção desses direitos.

Para nós, quer parecer que indisponibilidade refere-se a todos os valores superiores, essenciais e fundamentais para a sociedade. Dentro desse conjunto de valores, podemos arrolar, de forma meramente exemplificativa, os direitos e garantias fundamentais, os valores atinentes à existência do Estado e do pacto federativo, entre outras dimensões ligadas em torno aos direitos humanos consagrados no plano internacional.

A indisponibilidade refere-se ao que é denominado de interesse público concebido, na lição de Sanseverino (2003, p. 175), como “[...] sinônimo de *interesse geral da sociedade*, de interesse do Estado enquanto comunidade política e juridicamente

organizada, vale dizer, do Estado como expressão suprema da organização político-jurídica da sociedade”. A indisponibilidade de um direito pode recair em qualquer ramo ao qual esse direito esteja vinculado, pouco importando se a matéria diz respeito ao direito de família, ao direito do trabalho ou mesmo se esteja incluída no âmbito do direito administrativo ou constitucional. Segundo a pertinente lição de Machado (1998, p. 52):

A indisponibilidade não discrimina. Tanto é disponível o direito privado quanto o direito público regido por lei de ordem pública. O que importa é a essencialidade social do direito, o que não é exclusividade de nenhum ramo jurídico. Logo, qualquer direito indisponível merece a tutela processual do Ministério Público.

Para o jurista (1998, p. 55), há indisponibilidade em todos os direitos que são veiculados por normas cogentes, de ordem pública. Não é o fato de o direito vincular uma relação jurídica do direito público ou privado que determinará a sua indisponibilidade, mas, sim, se a norma que lhe serve de instrumento e lhe dá corpo for uma norma cogente, de interesse social e caráter público, vale dizer, norma de cujo conteúdo seja possível extrair essencialidade social. Com base nisso, afirma Machado (1998, p. 55-56): “O que dá assim, o caráter de indisponibilidade a um interesse não é sua natureza pública ou privada, mas tão-somente a sua essencialidade social, que é tida por existente toda vez que uma regra ou norma jurídica for considerada de ordem pública”. Com isso, a indisponibilidade diria respeito a tudo aquilo que tenha a ver com a essencialidade social do interesse a ser defendido.

Na verdade, torna-se inócua a discussão se o direito indisponível refere-se a uma pessoa, como no caso da ação ajuizada pelo Ministério Público para se fornecer medicamento a uma criança. A indisponibilidade sempre repercute nos valores que são mais caros, importantes e especiais para o Estado e, por isso, o Ministério Público estará sempre legitimado para a tutela desses direitos. O acesso a medicamentos, a um tratamento médico-hospitalar adequado, o acesso à escola e à educação de qualidade; tudo isso se refere ao direito à vida e a sua existência com dignidade. O TJMG consignou certa vez a respeito da fundamentalidade de tais bens:

A interpretação harmônica dos artigos 227 e 129, inciso IX, ambos da Constituição da República e do artigo 201, inciso V, do Estatuto da Criança e Adolescente, autoriza a conclusão de que o Ministério Público possui legitimidade para defender interesse individual indisponível de criança e adolescente, via ação civil pública. Entender o contrário significa fragilizar a efetivação dos direitos fundamentais e dificultar a defesa em juízo de crianças e adolescentes que tenham individualmente seus direitos fundamentais ameaçados ou lesados, afastando,

pois, a essência protetiva do artigo 227 da Constituição da República. A tutela individual dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, por envolver bens jurídicos como, dignidade, respeito, saúde, vida, lazer, alimentação, cultura, profissionalização, liberdade, educação e convivência familiar e comunitária, é sempre considerada como direito socialmente relevante, estando permanentemente sujeita à proteção pelo Ministério Público.

O traço marcante desses direitos fundamentais, que concretizam o princípio constitucional da proteção integral à criança e ao adolescente, é o de ser considerado como indisponível, seja no plano individual ou transindividual. Nenhuma interpretação jurídica ou lei hierarquicamente inferior pode trazer restrições, de modo a negar efetividade jurídica a direitos afetos às crianças e adolescentes, garantidos constitucionalmente. O julgador deve observar as normas que regem a Administração Pública, mas não a ponto de impedir a concretização de direitos fundamentais que digam respeito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana, sob pena de privilegiar bem juridicamente inferior a outros. A assertiva de que há formalidades que se opõem ao pedido de concessão de liminares se afigura desarrazoada e desproporcional, ao se constatar que ela é suficientemente hábil a atingir a vida, a saúde e a dignidade dos munícipes de Pará de Minas. Há um interesse público maior na defesa intransigente à vida do que na obediência formal às regras que regem a gestão da Administração Pública (MINAS GERAIS, 2005c).

Existe indisponibilidade, por exemplo, em uma ação de investigação de paternidade, em que estão em jogo os direitos da personalidade do cidadão. Também existe indisponibilidade no que se refere ao direito do cidadão consistente em não sofrer nenhum tipo de coação ou perseguição de natureza política, partidária, ideológica ou institucional. O que deve se levar em conta é se o direito diz respeito à essencialidade social para que possa ser aferida a sua carga de indisponibilidade.

Não há dúvidas de que os valores que compõem o núcleo do Estado Democrático de Direito, da ordem jurídica democrática formam um conjunto de direitos que representam os fins e os ideais da República Federativa. Nesse caso, a indisponibilidade é máxima e evidente, assim como clara e cristalina é a legitimidade do Ministério Público.

O direito à vida e a sua existência com dignidade é direito constitucional fundamental (arts. 1º, III, e 5º, *caput*, da CF/88); trata-se, portanto, de direito indisponível, seja em relação a uma criança, um idoso, quando se pede um determinado medicamento, seja em relação à toda a coletividade, quando se ajuíza uma ação de obrigação de não-fazer para se evitar um dano ambiental ou para tutelar a saúde da coletividade em geral.

A idéia de indisponibilidade ligada à essencialidade social determinada por normas ou regras de natureza cogente é salutar e está em sintonia com os escopos almejados pelo Constituinte, porque ela não limita a atuação do Ministério Público – que como já ficou assentado, possui legitimidade para a defesa dos direitos indisponíveis.

A partir dessa idéia, torna-se possível a defesa de quaisquer valores no ordenamento jurídico, pois tudo aquilo que for essencial ao Estado também será indisponível para o cidadão. A indisponibilidade está ligada à teoria dos direitos fundamentais; logo não se admite nenhum tipo de interpretação restritiva, mas apenas no sentido de ampliar o seu alcance e efetividade.

A única barreira, nesses casos, é no sentido de ser o direito indisponível ou não, pouco importando se o beneficiário da atuação do Ministério Público será uma pessoa capaz, um incapaz, um grupo de pessoas determinadas ou indeterminadas. Sendo incapaz, também existirá a chamada indisponibilidade subjetiva ou processual. Todas as vezes que se defendem direitos indisponíveis, defende-se, na verdade, a própria essencialidade social do Estado Democrático de Direito e da ordem jurídica democrática.

E é justamente com apoio nesse argumento que extraímos o fundamento para que o Ministério Público possa adotar medidas, inclusive em relação a pessoas maiores, adultas e capazes, se o for no sentido de se tutelar direitos individuais indisponíveis desses cidadãos. A defesa dos direitos individuais indisponíveis pelo Ministério Público insere-se também nos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º da CF/88).

4.6. O Estudo da Indisponibilidade em Dupla Dimensão: no Plano da Dicotomia Subjetiva, ou Objetiva, ou quanto às Classes de Indisponibilidade e no Plano da Intensidade ou quanto a sua Graduação

Com base em Machado (1998, p. 64), podemos afirmar que a indisponibilidade possui graus de intensidade, além de se classificar em objetiva ou subjetiva, conforme a sua origem. Em relação a essa última, o direito é objetivamente indisponível quando não se leva em conta quem seja o titular, mas apenas a relação jurídica de onde provém, como nos casos das ações de estado, do direito à vida e a sua existência com dignidade, nas ações diretas interventivas para a garantia do pacto federativo, nas ações diretas de inconstitucionalidade *etc.* Em tais casos, a essencialidade social é intrínseca e inerente a esses direitos, independentemente de quem sejam os seus titulares.

Por outro lado, o direito é subjetivamente indisponível quando a lei leva em consideração as peculiaridades do titular do interesse para impregná-lo de essencialidade social, como é o caso do incapaz, pessoalmente considerado, ou de outras pessoas que a

lei considere em situação equivalente, como é o caso dos idosos, das crianças e dos adolescentes, do índio *etc.*

Segundo Machado (1998, p. 65), em qualquer caso de indisponibilidade, seja objetiva, seja subjetiva, o Ministério Público possui legitimidade para a defesa desses direitos. A dicotomia, entretanto, é importante na medida em que ditará o perfil de atuação a ser desenvolvido pelo órgão ministerial. Nos casos de atuação do Ministério Público como órgão interveniente no processo civil, observa-se que, se a indisponibilidade do direito for do tipo objetiva, o Ministério Público atua de forma imparcial, colaborando com o juiz e com as partes na defesa do interesse que já é dotado de indisponibilidade intrínseca, como no caso das ações de registro, de família, de estado, de defesa do meio ambiente, do patrimônio público e de tantos outros interesses. Por outro lado, se a indisponibilidade for do tipo subjetiva, o Ministério Público atuará no processo de forma parcial, de modo a auxiliar a parte incapaz na relação jurídica na defesa do direito individual indisponível desse último. Não raras vezes, a incapacidade material do indivíduo traduz-se, também, numa espécie de hipossuficiência processual. Exemplo desse tipo de intervenção do órgão ministerial é o caso das ações de direito sucessório envolvendo interesses de menores.

Vale ressaltar que o acórdão ora comentado revela esses dois aspectos de indisponibilidade de direitos, o que acaba por conferir uma dupla legitimidade ao Ministério Público. É subjetiva, porque se relaciona com interesses de crianças e, objetiva, porque o acesso a medicamentos diz respeito ao direito à vida e a sua existência com dignidade. Nesse aspecto, Machado (1998, p. 65) conclui: “Vê-se, portanto, que a origem subjetiva ou objetiva da indisponibilidade provoca a necessidade do Ministério Público se aparelhar adequadamente no processo, amoldando formalmente a sua intervenção ao interesse que cumpre defender”.

A indisponibilidade também comporta diferenciação em relação aos seus graus de intensidade. Há hipóteses em que o interesse social é mais relevante, mais intenso; já em outras hipóteses, seriam dotadas de indisponibilidade não tão intensa. A razão de ser de semelhante diferenciação reside também no tipo de intervenção a ser procedida pelo Ministério Público. Explica Machado (1998, p. 66):

A diferenciação, portanto, está em que só à indisponibilidade mais intensa se liga a idéia de realização obrigatória do interesse, traduzida no dever do Ministério Público de promover a ação civil pública; os demais interesses indisponíveis, ainda assim inalienáveis, intransigíveis e irrenunciáveis, dependem, para a sua realização, da iniciativa dos seus respectivos titulares ou eventuais substitutos processuais (CPC, art. 6º).

Em posição semelhante, Mazzilli (1997, p. 23) explica que, dependendo do grau de intensidade ou da carga de indisponibilidade, o Ministério Público assumirá diferentes feições no bojo do processo civil:

a) ou zela para que não haja disposição de interesse que a lei considera indisponível; b) ou, nos casos de indisponibilidade relativa, zela para que a disposição do interesse seja conforme às exigências da lei; c) ou zela pela prevalência do bem comum, nos casos em não haja indisponibilidade do interesse, nem absoluta nem relativa, mas esteja presente o interesse da coletividade como um todo.

Como exemplos da primeira categoria, temos o zelo pelo direito à vida, à liberdade, à educação e à saúde; da segunda, a fiscalização da venda do incapaz; da última, a defesa dos interesses coletivos ou mesmo individuais homogêneos, se houver extraordinária dispersão dos lesados ou for necessário assegurar o funcionamento de todo um sistema econômico, social ou jurídico.

Portanto, conclui-se que, qualquer que seja o tipo de indisponibilidade (subjetiva ou objetiva), qualquer que seja o grau de intensidade, o Ministério Público sempre terá, como regra geral, a legitimidade para atuar na defesa desses respectivos direitos, bastando apenas que o órgão ministerial procure adequar a sua atuação aos moldes exigidos no caso concreto.

4.7. A Aplicabilidade do Art. 127 da CF/88: Direito à Vida e a Sua Existência com Dignidade – uma das Dimensões da Indisponibilidade

Convém ressaltar que o direito à vida e a sua existência com dignidade é uma das dimensões da indisponibilidade dos direitos. Na verdade, trata-se de um genuíno direito constitucional fundamental (art. 1º, III, e art. 5º, *caput*, da CF/88), possuindo aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CF/88), porque o direito à vida e a sua existência com dignidade compõe a essência da teoria dos direitos fundamentais e do núcleo do Estado Democrático de Direito. Nesse diapasão, sabe-se que a teoria dos direitos fundamentais deve irradiar o sistema, vinculando a interpretação jurídica e deve, inclusive, vincular a interpretação jurisdicional e até a do particular.

A teoria dos direitos fundamentais é a irradiação da ordem jurídica e deve cair como um manto de proteção, de efetivação de todas as funções na vida das pessoas para as quais o contrato social está voltado. No mais, trata-se de direito humano reconhecido em inúmeras convenções e tratados internacionais, inserido naquilo que Flávia Piovesan convencionou chamar de Direito Constitucional Internacional dos Direitos Humanos.

Só para mencionar, basta a Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela Assembléia-Geral da ONU, ou ainda a Convenção Americana de Direitos Humanos – *Pacto de San Jose*.

Por outro lado, convém destacar que além do direito à vida e a sua existência com dignidade, existe indisponibilidade também em outros aspectos, quando, por exemplo, está em jogo a essência da ordem jurídica, o regime democrático e outros direitos fundamentais constitucionais. Por isso, além de defender a vida e a sua existência com dignidade, como exemplos de indisponibilidade, existem também outros núcleos de indisponibilidade, seja no plano do direito individual, como no plano dos direitos coletivos em sentido amplo.

No plano da tutela individual, há indisponibilidade, por exemplo, nas ações anulatórias de casamento, de registros e quaisquer outras demandas que, embora veiculem, na maioria dos casos, relações jurídicas entre particulares, relacionam-se de forma indissociável com a necessidade de manutenção da ordem jurídica e, por isso, são portadoras de forte grau de indisponibilidade.

No plano da tutela coletiva, não há dúvidas de que também exista indisponibilidade nos direitos coletivos em sentido amplo, como é o caso dos direitos difusos, em que existe uma indisponibilidade ampla, dos coletivos em sentido estrito, nos quais existe uma indisponibilidade interna e uma indisponibilidade externa, e de alguns direitos individuais homogêneos, como os direitos individuais homogêneos de crianças e dos portadores de necessidades especiais, cuja indisponibilidade é subjetiva de dimensão coletiva.

4.8. O Acesso à Saúde como Direito Constitucional Fundamental

A Constituição assegura que todos têm direito de acesso à saúde, constituindo-se dever do Estado a prestação de serviços essenciais. Segundo o seu art. 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. O Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2000) proclama a fundamentalidade do direito à saúde nos seguintes termos:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular — e implementar — políticas sociais e econômicas

idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política — que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro — não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...). O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

Esse dever está em perfeita congruência com os arts. 1º e 5º da CF/88. O direito à saúde e o acesso a medicamentos é dever do Estado, é garantia constitucional fundamental, e esse dever deve ser defendido de forma intransigente pelo Ministério Público, independentemente de se tratar de pessoa capaz ou não. Segundo o Ministro José Delgado (BRASIL, 2006c), trata-se de conceber o desenvolvimento do direito processual à luz da pessoa humana:

2. Sustenta-se violação do artigo 25, IV, “a”, da Lei 8625/93 argumentando-se que:

‘A função ministerial - a legitimidade do *parquet* - somente estará se o interesse estiver sob a disponibilidade de seu titular. E tal não ocorre com o direito à saúde, que é objeto de proteção

constitucional, afigurando-se direito indisponível. E, como tal, possível de ser tutelado pelo Ministério Público, ainda que o *parquet* esteja tutelando o interesse de uma única pessoa, que é o caso dos autos. Ademais, negar legitimidade ao *parquet* no caso concreto, além de negar o próprio direito constitucional, é negar o desenvolvimento do direito processual vigente à pessoa humana.’

3. Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de pessoa pobre especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte. Legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de direito indisponível, como é o direito à saúde, em benefício do hipossuficiente.

4. Recurso especial provido para, reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para a presente ação, determinar o reenvio dos autos ao juízo recorrido para que este se pronuncie quanto ao mérito.

Em outra oportunidade, o Ministro (BRASIL, 2005b) também afirmou que “O Estado, ao se negar a proteger o menor pobre nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumpre o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida. É totalitário e insensível”.

Assim, tudo que diga respeito ao acesso à saúde, diz respeito também ao direito à vida e a sua existência com dignidade. E mais: o Ministério Público pode e deve promover as ações necessárias para garantir o direito de acesso à saúde fundada seja somente nas hipóteses de indisponibilidade objetiva (direito à vida e a sua existência com dignidade), seja nas hipóteses em que também haja indisponibilidade subjetiva (presença de interesse de incapaz).

4.9. A Tutela Prioritária da Criança e do Adolescente no Contexto do Estado Democrático de Direito

A Constituição Federal (1988) proclamou a *doutrina da proteção integral da criança e do adolescente*, abordando-os como prioridade absoluta e cuja proteção é dever da família, da sociedade e do Estado (art. 227). Abandonaram-se, assim, as já ultrapassadas doutrinas da *situação irregular* e do *direito penal do menor*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Essa proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Para Cury, Paula e Marçura (2000, p. 17), ela rompe “[...] com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção do mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento”. Dallari (2005, p. 37) anota que a “Constituição brasileira de 1988 inspirou-se nas mais avançadas conquistas de caráter humanista quando fixou a filosofia e os objetivos que devem servir de parâmetro à legislação brasileira sobre criança e adolescente”. Nessa ordem de idéias, no plano constitucional, Tavares (2005, p. 14) afirma que a Constituição de 1988

[...] foi a mais afirmativa e abrangente de todas, dispondo em favor da infância e juventude em geral: aprendizagem, trabalho e profissionalização: art. 7º, XXXIII, combinado com o art. 227, § 3º, incisos I, II e III; capacidade eleitoral ativa: art. 14, § 1º, II, c; assistência social, seguridade e educação: arts. 195, 203, 204, 208, I, IV, e art. 7º, XXV; programação de rádio e televisão: art. 220, § 3º, I e II; proteção como múnus público: art. 227, *caput*; como dever do Estado: art. 227, § 1º, I e II; prerrogativas democráticas processuais: art. 227, IV e V; incentivo à guarda: art. 227, VI; prevenção contra entorpecentes: art. 227, VII; defesa contra abuso sexual: art. 227, § 4º; estímulo à *adoção*: art. 227, § 5º; e conquista maior, que se faz equânime às pessoas de todas as idades: a isonomia filial, no art. 227, § 6º.

No plano infraconstitucional, afirma Tavares (2005, p. 14) que a “[...] regulamentação desses preceitos constitucionais está consubstanciada no Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo art. 3º em exame enuncia os objetivos gerais da proteção dirigida mais pormenorizadamente nos diversos dispositivos estatutários”. Concebido como um verdadeiro microsistema (ECA + CDC + LACP), o ECA, juntamente com a CF/88, instrumentaliza e viabiliza o que se chama hoje de *um novo direito da criança e do adolescente*, vinculado à proteção integral, socializada, multidisciplinar (entrelaçada com outras áreas do conhecimento como a psicologia, a pedagogia, a sociologia *etc.*) desses cidadãos em desenvolvimento. Nesse sentido, Verone (2003, p. 31):

O nascer de um novo direito — o Direito da Criança e do Adolescente —, que em face de sua especificidade concebe toda a sua fundamentação conceitual com base na multidisciplinaridade, que, aliás, se apresenta hoje como uma das mais importantes discussões, sobre a qual nos debruçamos, evidencia não somente a importância mas a imprescindibilidade da conjugação de conhecimentos.

Nogueira (1998, p. 16) identifica os seguintes princípios fundamentais genéricos que orientam a aplicação prática dos dispositivos estatutários de proteção à criança e ao adolescente:

1) prevenção geral (arts. 54, I a VII, e 70); 2) prevenção especial (art. 74); 3) atendimento integral (arts. 3º, 4º e 7º); 4) garantia prioritária (art. 4º); 5) proteção estatal (art. 101); 6) prevalência dos interesses do menor (art. 6º); 7) indisponibilidade dos interesses do menor (art. 27); 8) escolarização fundamental (arts. 120, § 1º, e 124, IX); 9) reeducação e reintegração (art. 119, I a VI); 10) sigilosidade (art. 143); 11) respeitabilidade (arts. 18, 124, V, e 178); 12) gratuidade (art. 141, §§ 1º e 2º); 13) contraditório (arts. 5º, LV, e 171 a 190) e, por fim, 14) compromisso (art. 32).

De fato, não há dúvidas de que a tutela constitucional da criança e do adolescente constitui um dos pilares do atual Estado Democrático de Direito.

4.10. Natureza da Ação Civil Pública na Defesa dos Direitos Individuais Indisponíveis: uma Questão Meramente Terminológica que não Impede ou Limita a Ação do Ministério Público

O Ministério Público é um autêntico defensor do direito à vida e a sua existência com dignidade. Além de defender os direitos sociais em geral, ele não pode perder o perfil de defensor da vida e sua existência com dignidade. O direito à vida e a sua existência com dignidade compõe o núcleo do Estado Democrático de Direito; se o Ministério Público deixar de defender esse direito ou se o Estado criar obstáculos para o exercício dessa defesa, a própria identidade da Instituição Ministerial estará sendo posta em situação de risco.

A ação civil pública tem dignidade constitucional, estando prevista no art. 129, III, da CF/88. A sua disciplina está estabelecida tanto pela Lei nº 7.347/1985 quanto pelo Título III do CDC (art. 21 da LACP). Existem duas formas de se compreender a ação civil pública. Uma como ação coletiva, que se volta para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Em relação a tais direitos, não há dúvidas de

que a ação civil pública é uma espécie do gênero ação coletiva, pois o seu objeto material irá abranger uma das dimensões do direito coletivo conceituadas pelo art. 81, parágrafo único, do CDC.

Outra forma de compreender a ação civil pública é como ação individual movida pelo Ministério Público. Nesses casos, a ação civil pública será uma ação individual, e a sua denominação está ligada à qualidade de parte processual no pólo ativo e não ao seu objeto material. Conforme orientação sedimentada na doutrina e na jurisprudência, não é a denominação que dá a natureza da ação. Assim, é possível manejar-se uma ação civil pública e utilizá-la para a defesa de um direito individual de uma criança, por exemplo, a fim de que ela tenha acesso a medicamentos, acesso à escola, acesso a uma sadia qualidade de vida *etc.*

A denominação de ação civil pública não importa. Mesmo que receba o nome de ação civil pública – a princípio, destinada à tutela dos direitos coletivos em sentido amplo –, não há dúvidas de que ela será uma verdadeira ação de natureza individual, pois o seu objeto material é um direito individual, só que indisponível. E como se sabe, para a defesa dos direitos individuais indisponíveis, o Ministério Público está legitimado, não pelo art. 129, III, da CF/88, nem pelo art. 5º da Lei nº 7.347/1985, mas pelo art. 127, *caput*, da CF/88.

Portanto, repita-se, caso o Ministério Público ajuíze uma ação civil pública para a defesa de direito individual puro de determinada criança ou adolescente (Exemplo: para que uma criança seja submetida a tratamento médico ou a uma cirurgia, para que a ela seja garantido o acesso escolar *etc.*), a ação civil pública só é ação civil pública no nome, mas não será uma ação coletiva, pois a tutela, no caso, é de direito individual puro, não obstante seja possível, por força legal (arts. 201, V, e 212, ambos do ECA e art. 21 da LACP), aplicar as regras processuais do processo coletivo que sejam compatíveis com a defesa dos direitos individuais puros da criança e do adolescente.

O TJMG (MINAS GERAIS, 2006b) já reconheceu que a indisponibilidade dos direitos individuais não deixa de trazer em si matéria que se relaciona com o interesse social relevante. Assim, mesmo que a princípio a ação civil pública não seja a via processual mais adequada, ela poderia também ser utilizada para a defesa de tais direitos, ao lado de outras ações judiciais, considerando essa carga de essencialidade social relevante:

Não há dúvida acerca da legitimidade do Ministério Público para propor a ação civil pública, seja pelos termos do que dispõe a própria legislação que regula tal a ação (art. 5º da Lei nº 7.347/85), seja pelas atribuições da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, (Lei nº 8.625/93) ou porque essa legitimidade decorre de atribuição do Ministério Público

ditada pela própria Constituição, de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (inciso II, art. 129, da CR), ou ainda, por ser sua função institucional “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (inciso III, art. 129, da CR).

No que se refere ao pedido específico deduzido nesta ação, poder-se-ia apenas discutir, em tese, sobre a via escolhida para a defesa de direito - ação civil pública, pelo Ministério Público, posto que sua legitimidade para a defesa de interesses sociais e de direitos individuais indisponíveis é mister atribuído pela própria Constituição Federal (caput, art. 127, CF), sendo, portanto, indiscutível, desde que esteja configurado interesse social relevante, como no caso específico, em que se discute direito à saúde e, portanto, à própria vida (arts. 5º e 196 da CF).

5. Conclusão

É elogiável a decisão comentada, a qual se ampara no art. 127, *caput*, c/c os art. 1º, III, e 5º, *caput*, todos da CF/88. O direito à vida e à sua existência com dignidade é garantia constitucional fundamental, não lhe sendo cabível interpretação restritiva, constituindo-se em cláusula pétrea, devendo a esse direito ser conferida aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CF/88).

O Ministério Público possui legitimidade outorgada pelo constituinte de 1988 para a defesa dos valores que compõem o núcleo do Estado Democrático de Direito e da ordem jurídica democrática, de sorte que qualquer tentativa de lhe subtrair o manejo das ações e medidas respectivas afronta tanto o art. 127, *caput*, quanto o próprio art. 5º, XXXV, ambos da CF/88. O Ministério Público tem o dever constitucional de defender tanto direitos e interesses sociais, quanto direitos individuais puros indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF/88).

A indisponibilidade de um direito consiste na carga de essencialidade social de que se reveste o interesse a ser tutelado, podendo ser maior ou menor conforme o grau de importância dada pelo sistema constitucional. A indisponibilidade pode ser, ainda, do tipo objetiva, quando for intrínseca ao próprio objeto, ou subjetiva, quando se levar em conta as peculiaridades do sujeito do direito, como é o caso do incapaz, por exemplo. Indisponibilidade pode recair sobre qualquer ramo do direito que são veiculados por normas cogentes, de ordem pública e interesse social. Logo, seja no plano do direito

individual, seja no plano do direito coletivo, desde que haja essencialidade social no interesse tutelado, presente estará a indisponibilidade do direito. Em qualquer caso, o Ministério Público tem legitimidade para atuar na defesa dos direitos indisponíveis.

Para a defesa dos direitos individuais homogêneos não é fundamental a presença da indisponibilidade intrínseca, pois a legitimidade do Ministério Público se dá com base no interesse social evidenciado seja para evitar decisões conflitantes, seja para suprir a dispersão das vítimas, seja para diminuir a sobrecarga do Poder Judiciário. O direito de acesso à saúde é direito igualmente considerado como garantia fundamental constitucional, não cabendo falar em interpretação restritiva. A proteção das crianças e dos adolescentes deve ser integral, prioritária e ser concebida como uma das mais importantes metas da nova ordem constitucional inaugurada em 1988.

O Ministério Público está legitimado para a defesa da saúde, seja de pessoa individual ou da coletividade como um todo. A legitimidade do Ministério Público para a defesa da saúde inclui até a de pessoa capaz, adulta, pois saúde é questão relativa à vida e a sua existência com dignidade, e o direito à vida é bem sempre dotado de indisponibilidade tanto para a pessoa incapaz, quanto para a pessoa capaz. O Ministério Público pode e deve promover as ações necessárias a fim de se garantir o direito de acesso à saúde fundada tanto na indisponibilidade objetiva (direito à vida e a sua existência com dignidade) quanto na subjetiva (presença de interesse de incapaz). O que define uma ação como coletiva ou não é o seu objeto material e não a mera denominação.

O Ministério Público atua na defesa de direito individual puro indisponível como legitimado extraordinário, defendendo em nome próprio direito alheio com base em autorização decorrente do sistema constitucional como complexo de normas (art. 127, *caput*, da CF).

6. Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Traducción Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito coletivo brasileiro: autonomia metodológica e a superação da summa divisio direito público e direito privado pela summa divisio constitucionalizada e relativizada direito Individual e Coletivo*. 2006. Tese (Doutorado em Direito)– Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

ARIZA, Santiago Sastre. La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONEL, Miguel. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Editorial Trota, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BENDA, Ernesto. Dignidad humana e derechos de la personalidad. In: BENDA, Ernesto et al. *Manual de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 271.286. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 24 de novembro de 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 466.861/SP. Relator: Min. Eliana Calmon. Brasília, 17 de junho de 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 664.139/RS. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 12 de maio de 2005a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no Recurso Especial nº 662033/RS. Relator: Min. José Delgado. Brasília, 19 de abril de 2005b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 850.813/RS. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 15 de agosto de 2006a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 826641/RS. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, 20 de junho de 2006b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 819010/SP. Relator: Min. José Delgado. Brasília, 28 de março de 2006c.

CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. In: CURY, Munir. (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, reimpressão 2002.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa Machado. *A intervenção do Ministério Público no processo civil*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1997.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo nº 1.0024.05.574439-5/001. Relator: Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Belo Horizonte, 30 de março de 2006a.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Reexame Necessário nº 10220059782932001. Relator: Des. Geraldo Augusto. Belo Horizonte, 6 de junho de 2006b.

MINAS FERAIS. Tribunal de Justiça. Reexame Necessário nº 1.0027.04.001664-7/001. Relator: Des. Jarbas Ladeira. Belo Horizonte, 2 de agosto de 2005a.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0525.05.069698-4/002. Relator: Des. Maria Elza. Belo Horizonte, 13 de outubro de 2005b.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo nº 1.0471.05.040104-4/001. Relator: Des. Maria Elza. Belo Horizonte, 2 de junho de 2005c.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

SANSEVERINO, Milton. Processo civil e interesse público. In: SALES, Carlos Alberto de. *O processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VERONE, Josiane Rose Petry. Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: WOLKMER, Antônio Carlos. (Coord.). *Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectiva*. São Paulo: Saraiva, 2003.